

CHRISTOPHER ARROYO
Abogado por el Colegio de Jurisprudencia, Universidad San Francisco de Quito USFQ, Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 17091, Ecuador. Correo electrónico: c.arroyolasso@gmail.com

Recibido/*Received:* 06/08/15
Aceptado/*Accepted:* 15/09/15

LA REALIDAD ECONÓMICA Y EL MOTIVO ECONÓMICO VÁLIDO EN LA FUSIÓN

Resumen

Este artículo trata sobre la posibilidad de amortizar la pérdida incurrida por parte de la sociedad absorbida, dentro de un proceso de fusión, cuando la reorganización empresarial ha sido realizada con la únicaintención de trasladar ese crédito tributario.

Dentro de la legislación ecuatoriana no existe norma que desarrolle el tema. En la práctica, las soluciones dadas por parte de la administración pública no siempre han sido uniformes, sino que los funcionarios del Servicio de Rentas Internas deciden sobre las consecuencias del traslado de pérdidas. El problema jurídico consiste en determinar cuál debe ser la respuesta de la administración tributaria cuando empresas fusionadas deseen amortizar la pérdida incurrida por la sociedad absorbida, sea por el motivo que fuere.

Se tratará de dar respuesta a esa pregunta mediante el estudio de ciertas instituciones jurídicas, como la fusión y el régimen de amortización de pérdidas en la legislación ecuatoriana. A su vez, desarrollaremos conceptos tributarios fundamentales como el motivo económico válido y el criterio de la realidad económica, para determinar si limitan de algún modo el traslado de pérdidas. Así, podremos concluir que el traslado de pérdidas es posible en todos los casos de fusión, sin ninguna limitación y, principalmente, sin la necesidad de que exista un motivo económico válido.

Palabras clave: fusión, amortización, realidad económica, motivo económico válido, hecho imponible, elusión, evasión, defraudación, economía de opción.

The Economic Substance and Business Purpose in Mergers

Abstract

This article discusses the possibility of amortizing the loss incurred by the company absorbed within a process of fusion when the business reorganization has been carried out with the sole intention of moving this tax credit.

Within the Ecuadorian legislation there is no rule that develops the theme. In practice, the solutions given by the part of the public administration have not always been uniform but that officials of the Internal Revenue Service decide on the consequences of the transfer of losses. The legal problem is to determine what should be the response of the tax administration when merging companies wish to amortize the loss incurred by the acquired company, without considering the economic reason behind it.

The answer to this question will try to be given through the study of certain legal institutions, such as the merger and the regime of amortization of losses in the Ecuadorian legislation. At the same time, develop fundamental tax concepts as the valid economic motive and the criterion of economic reality, to determine if they restrict in any way the transfer of losses. Thus, we will conclude that the transfer of losses is possible in all cases of a merger without any limitation, and mainly, without the need for an economic motive valid.

Keywords: mergers, amortization, business purpose, valid economic reason, substance over form, taxable event, evasion, elusion, tax fraud, tax avoidance.

1. Introducción

En Ecuador, a diferencia de otros países de la región, no existe normativa que permita dirimir con certeza cuáles son las consecuencias tributarias de la fusión, en particular, qué ocurre con el traslado de pérdidas incurridas por la sociedad absorbida. La administración tributaria, empero, parece no admitir ese traslado en todos los casos. Para sustentar esta posición emplea diferentes motivaciones, unas más forzadas que otras. En este sentido, para razonar sobre la transmisión de pérdidas, la administración tributaria realiza un análisis para cada caso, para, según su criterio, consentir el traslado de crédito tributario o negarlo. No existe cuerpo normativo que sistemáticamente permita conocer de forma certera los resultados del traslado de activos entre sociedades, sino que dependerá del análisis del funcionario del Servicio de Rentas Internas su aceptación o rechazo.

El silencio de la ley en cuanto al traslado de pérdidas permite inferir que es posible amortizar pérdidas en toda ocasión. En la práctica, esto ha conducido a debate incluso dentro de la misma administración tributaria. El análisis del fisco no siempre está fundamentado en las mismas premisas, lo cual podría llevar a diferentes abusos en el momento de su aplicación.

A diferencia de lo que ocurre con normativa de países cercanos, el régimen tributario ecuatoriano no asume que se ha defraudado al fisco por el solo hecho de reducir un impuesto por pagar. A pesar de esto, el análisis de la realidad económica puede ir en esta dirección. En el desarrollo del artículo encontraremos que la mayor parte de legislaciones que niegan o aceptan el traslado de beneficios fiscales lo hacen sin mayor estudio del tema. Como parte del análisis, trataremos de deducir cómo se concibe la creación de "valor corporativo" que debe generar la fusión; como antecedente, debemos entender si la reorganización debe tener motivación para ser realizada. Para esto,

analizaremos si las empresas deben pasar el examen del motivo económico válido para trasladar la pérdida en la fusión o lo pueden hacer libremente.

Las administraciones tributarias latinoamericanas conciben como una de sus principales preocupaciones que la dificultad de comprobar la neutralidad fiscal tenga como consecuencia la desprotección del fisco, permitiendo al contribuyente utilizar estas formas de reestructuración como vía para obtener beneficios tributarios. Por su parte, la doctrina europea ha trabajado bajo el criterio de que la fiscalidad no debe ser freno o estímulo a la fusión, entonces, la causa que estimule su realización debe estar sustentada en motivos económicos válidos, siendo este el único argumento encontrado mediante el cual el régimen tributario debe mantenerse neutral.[1]

Con el afán de enfrentar diversos conflictos fiscales, países de la región, importando conceptos europeos, han agregado la realidad económica a sus sistemas tributarios. Distinta ha sido la situación del motivo económico válido, ya que todavía no se lo ha incorporado y a pesar de no formar parte de la legislación, aparece en la práctica. Nos enfocaremos en analizar si la "interpretación" según la realidad económica puede concluir que es necesario un motivo económico. La inquietud cobra mayor importancia en legislaciones donde las operaciones de fusión no tienen regulación tributaria, encontrándose sujetas a la interpretación de reglas y principios generales por parte de la administración tributaria y la administración de justicia.[2]

En esta situación, la realidad económica puede constituirse, como está ocurriendo, en el instrumento más importante dentro de la lucha contra la elusión, a pesar de que parece no ser este el alcance de la institución.

El presente trabajo tratará de contestar la siguiente pregunta: ¿es posible trasladar la pérdida incurrida por parte de las sociedades fusionadas para deducir del impuesto a la renta en favor de la entidad absorbente o de la nueva constituida, incluso en los casos donde el único objetivo de la reorganización empresarial fuese beneficiarse de esta deducción? Este trabajo se fundamenta en la intervención de los exponentes ecuatorianos dentro de las XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, puesto que, si bien la ley mantiene silencio sobre las consecuencias del traslado de pérdidas en los casos de fusión, el exponente ecuatoriano asegura que el traslado de beneficios fiscales requiere que la motivación a la fusión no provenga de la reducción de la carga tributaria.

2. La fusión

El concepto de fusiones y adquisiciones (M&A por sus siglas en inglés de *Mergers and Acquisitions)* es un término empleado mayoritariamente por la doctrina anglosajona. En países latinoamericanos estos procesos han sido denominados como reorganizaciones empresariales. A la fusión se la define como un mecanismo que implica la concentración de patrimonios de dos o más sociedades jurídicamente independientes, sea de naturaleza civil o mercantil, previa disolución sin liquidación de alguna o algunas de ellas.[3]

Existen innumerables razones por las que puede emprenderse un proceso de fusión. Entre los casos más comunes se podría mencionar la diversificación del producto, la producción a escala, el aumento de

1 Ley 29 de 1991. Adoptada por la legislación española a la directiva 90/434/CEE.

2 Piñeros Perdomo, Mauricio. "Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales." *XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, p. 93, y Sampaio, Rui. "Contribuciones para el estudio de la estrategia y del régimen de las fusiones y adquisiciones en la Unión Europea". *XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, p. 630.

3 Barboza, Sergio. "Reorganización corporativa en las empresas del sistema financiero: las fusiones". *Ius et veritas* IX/19 (1999), p. 133.

cuotas de mercado, entre otras.[4] Simplemente, se debe obtener, mediante planificación empresarial, un beneficio societario para que se justifique la fusión.[5] Las reorganizaciones empresariales podrían ser de interés exclusivo en entidades que participen en la misma industria, sin embargo, la experiencia demuestra que no es esencial realizar un giro empresarial similar ni es exclusivo para sociedades que compiten entre sí.[6]

La mayor parte de la doctrina se ha sumado a la idea de que la fusión no busca la terminación de actividades de la sociedad, sino que tiene como interés la continuidad de las mismas por concentración, a diferencia de lo que ocurre en una adquisición. Este concepto suele ser aceptado a pesar de que se obtiene la extinción de la personalidad jurídica de las entidades absorbidas, ya que en esencia se mantiene viva, aunque opera bajo una razón social diferente.[7]

Dentro de la legislación ecuatoriana, la reorganización se encuentra definida por la Ley de Compañías en el artículo 337. Esta disposición define a la fusión como aquel fenómeno producido cuando dos o más compañías se unen para formar una nueva que les sucede en derechos y obligaciones o cuando una o más compañías son absorbidas por otra que continúa subsistiendo.[8] En este caso, la definición reconoce la existencia de la fusión por absorción y por constitución. La doctrina agrega la fusión impropia, considerándola como una simple aportación de capital o compra de acciones de una empresa. En la fusión impropia, la compañía de la cual se adquieren acciones no pasa a integrar la sociedad compradora. Este tipo de fusión no existe en la legislación ecuatoriana.

2.1. Aspectos jurídicos de la fusión

En diversas legislaciones, temas sobre restructuración son trabajados de forma aislada a procesos generales. Esto se justifica por la naturaleza de cada una de estas figuras, ya que se intenta crear un entorno de favorabilidad tributaria para incentivarlas, puesto que suelen ser saludables en la economía. Para que dos o más compañías formen una nueva, deben entrar en proceso de disolución (sin liquidación). La disolución tiene como consecuencia paralela, por un lado, la creación de una nueva entidad con estados financieros diferentes y, por otro lado, la extinción de las entidades jurídicas fusionadas. En el caso de la fusión por absorción, una entidad se mantiene existente al concluir el proceso.

Las operaciones de fusión no son posibles de afectación de impuesto a la renta toda vez que las sociedades transferente y adquiriente no generen ganancia alguna.[9] Existen tres consecuencias principales que surgen a raíz de la reorganización empresarial:

1. La unión de socios concretada con emisión accionaria de la sociedad que se constituye a favor de los accionistas de las sociedades extinguidas en proporción a su aporte;

2. La transmisión a título universal de patrimonios. Esto permite la integración o confusión de estos en una misma sociedad y ayuda a que el traspaso patrimonial sea *uno actu*, dando lugar a la consolidación de balances en un único estado financiero;

3. La extinción jurídica de las sociedades fusionadas,

4 Sampaio, Rui. "Contribuciones par el estudio de la estrategia y del régimen…" *Óp. cit.* p. 630.
5 *Id.,* p. 628.
6 Cahn-Speyer Wells, Paul. "Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales". *XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, p. 9.
7 Córdova Arce, Alex. "El régimen fiscal de las fusiones y adquisiciones de empresas". *XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, p. 17.
8 Ley de Compañías. Artículo 337. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Adicionalmente, existen referencias sobre la fusión en la Ley General de Seguros. El artículo 52 trata sobre la fusión entre empresas de seguros o entre empresas de reaseguros. Sin embargo, no se hace ninguna mención con relación a la definición de esta forma de reorganización empresarial, simplemente se considera que se puede dar entre entidades de esta naturaleza. Este artículo fue reformado por el Código Orgánico Monetario Financiero en la disposición reformatoria 16 numeral segundo. Al tratarse de fusiones de las instituciones financieras, se rigen por la ley General de Instituciones del Sistema Financiero, normativa que tampoco define a la fusión, pero la menciona.
9 Córdova Arce, Alex. "El régimen fiscal de las fusiones y adquisiciones de empresas". *Óp. cit.*, pp. 282-290.

lo que implica que, dependiendo de la modalidad de fusión elegida, alguna o todas deberán extinguirse sin pasar por un proceso de liquidación previo.[10]

3. Régimen de amortización de pérdidas

La amortización de pérdidas es un derecho con el que cuentan las sociedades en todos los sistemas legislativos estudiados dentro del artículo. A pesar de lo mencionado, este derecho podría ser desconocido por la administración, incluso con parámetros alejados a la ley. Como mencionamos, la fusión es la consolidación de dos o más balances que forman uno nuevo. En conjunto, al ser la fusión una consolidación de estados financieros y la amortización de pérdidas un derecho de las sociedades, veremos si en la legislación ecuatoriana existe algún impedimento para que los atributos fiscales, especialmente la pérdida, pueda ser trasladada y amortizada por la sociedad creada.

Regularmente, las compañías acarrean pérdidas durante los primeros años de operación y, dependiendo de la industria en la que se desarrollen, puede tomarles más tiempo a unas que a otras para que sean compensadas y recuperadas. La pérdida no está ligada exclusivamente al inicio de actividades, sino que puede llegar en cualquier momento. La ley ecuatoriana, reconociendo las fluctuaciones que tienen los ingresos en las actividades empresariales, considera que las empresas tienen derecho a acarrear pérdidas sufridas en años anteriores si tienen relación con la actividad del negocio. De esta forma, la entidad compensa rubros una vez obtenidas utilidades. Desde un punto de vista comercial, la deducción de pérdidas resulta natural, ya que si las sociedades no habrían realizado la inversión inicial o los gastos correspondientes no se habría generado utilidad posterior.

10 Garrigues, Joaquín y Uría, Rodrigo. *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. II, 3era ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1976, p. 749. Citado en Córdova Arce, Alex. "El régimen fiscal de las fusiones y adquisiciones de empresas". Óp. cit., p. 285.

3.1. El impuesto

Como correctamente expresa Gianinni, el impuesto no tiene otro fundamento jurídico que la sujeción a la potestad tributaria del Estado.[11] En virtud de esta potestad, el Estado exige coactivamente a los ciudadanos su contribución para cumplir sus fines.[12] El impuesto es una institución de derecho público y no un contrato bilateral entre el Estado y los contribuyentes.[13] Tampoco es una "carga real" que deban soportar los inmuebles como alguna vez se sostuvo doctrinariamente.[14] Dentro de la unilateralidad del tributo destaca que el Estado lo decreta sin necesidad de que medie un acuerdo con los obligados, quienes únicamente deben cumplirlo conforme a la ley.[15]

El impuesto que grava la renta de sociedades constituye en todo sistema tributario el eje del ordenamiento y regula la relación entre la administración tributaria y la empresa privada.[16] Desde un punto de vista material, el impuesto responde fielmente a principios constitucionales, convirtiéndose así en una herramienta para hacer realidad los objetivos de la Carta Magna.[17] Desde la perspectiva formal, el impuesto es un punto de referencia del buen hacer del legislador, ya que la regulación debe ser clara, inteligible y con miras a gozar de estabilidad.[18]

Existen dos corrientes doctrinales que fundamentan el concepto fiscal de renta: *la teoría de renta-producto* y *la teoría de renta-incremento patrimonial*.[19] De la

11 Villegas, Héctor. *Curso de finanzas y derecho financiero y tributario*. 3era ed, Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1984, p. 79.
12 *Ibíd.*
13 *Ibíd.*
14 *Ibíd.*
15 Troya Jaramillo, José Vicente. *Derecho Internacional Tributario*. Serie de Estudios Jurídicos. Vol. 4. Quito: Corporación Editora Nacional, 1990, pp. 109–110.
16 Ferreiro, José Juan *et al.* (comps.). *Curso de Derecho tributario. Parte Especial. Sistema Tributario: Los tributos en particular*. 12ava. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1996, p. 50.
17 *Ibíd.*
18 *Ibíd.*
19 *Id.*, p. 204.

estructura de la ley ecuatoriana destaca que nuestro sistema ha adoptado la teoría del incremento patrimonial. Dentro del impuesto se grava la totalidad de la renta (renta neta) cualquiera que sea su fuente u origen. Además, las operaciones de capital entre la sociedad y sus socios no suponen beneficio de la entidad.[20] El incremento patrimonial de la empresa, mediante aportaciones de sus socios, da como resultado un incremento neto social y no es entendido como valor generado, como consecuencia, no es una partida gravable.[21]

3.2. El hecho imponible

El hecho generador, conocido como hecho imponible, es un presupuesto de hecho considerado fundamental en la relación tributaria, indispensable para el nacimiento de la obligación de pago por parte del contribuyente.[22] Se entiende que el hecho generador debe estar claramente especificado en la ley para ser libremente cumplido. Tiene, fundamentalmente, tres funciones: primero, ser origen del tributo, convirtiéndose en el criterio que, verificado, da vida a la obligación tributaria.[23] Segundo, ser la identificación, donde muestra una institución como tributo.[24] Y tercero, ser materialización económica, donde el hecho generador debe reflejar una aptitud económica del contribuyente para el pago.[25]

El artículo 4 del Código Tributario establece que son las normas tributarias las que, de forma exclusiva, determinarán el objeto imponible, la cuantía del tributo o la forma de establecerlo.[26] El artículo 15 del mismo cuerpo legal indica que la obligación tributaria es un vínculo jurídico personal entre el Estado y las entidades acreedoras de tributos, en virtud del cual debe satisfacerse una prestación en dinero, especies o servicios apreciables en dinero, al verificarse el hecho generador previsto por la ley.[27]

3.3. Amortización de pérdidas

Existen diferentes acepciones de amortización, pero el término al que nos referimos es aquella figura donde el Estado deja de percibir un impuesto, con el objetivo de que la sociedad beneficiaria alcance a cubrir los saldos negativos afrontados tanto para emprender el negocio como los que han sido obtenidos en el transcurso del tiempo.[28] Greco considera que la amortización es una figura que tiene como fundamento recuperar los fondos invertidos para producir, compensando los rubros que serán pagados en el futuro.[29]

Normalmente, las empresas preparan un estado de pérdidas y ganancias del ejercicio contable que se presenta en un balance de situación, convirtiéndose lo expresado en lo que demostrará el saldo que puede ser trasladado.[30] La LORTI declara que las sociedades pueden compensar las pérdidas sufridas en los ejercicios impositivos anteriores. Estos rubros se reducirán de las utilidades gravables obtenidas en los cinco períodos impositivos siguientes, sin que se exceda en cada período el 25% de la utilidad total.

3.4. Traslado de activo y pasivo como consecuencia de la fusión

Una entidad tiene un activo cuando, debido a un hecho ocurrido, tiene el control excluyente sobre los beneficios que produce un bien.[31] El valor del bien es la cualidad que justifica que, por poseerlo, una sociedad entregue una suma de efectivo u otro bien, asuma una obligación o incremente el capital;

20 *Id.*, p. 205.
21 *Ibíd.*
22 Dávila, Marcelo. *La naturaleza jurídica de al especie valorada*. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2009, p. 50.
23 *Id.*, p. 5.
24 *Ibíd.*
25 *Ibíd.*
26 Código Tributario. Artículo 8. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
27 *Id.*, Artículo 15.
28 Corral Moreno, Manuel. *Estudio Práctico del ISR para personas morales*. 8va. ed. México DF: ISEF Empresa Lider, 2005, p. 314.
29 Greco, Orlando. *Diccionario Contable*. *Óp. cit.*, p. 48.
30 *Ibíd.*
31 *Id.*, p. 47.

en cualquier caso, algo tiene valor cuando representa efectivo o tiene aptitud para generar un flujo positivo de efectivo.[32]

Los activos son recursos económicos que se espera beneficien al negocio en el futuro, todos tienen valor monetario.[33] La cuenta por cobrar es una promesa de recepción futura de efectivo que puede originarse por diferentes motivos.[34] Es una forma de *crédito* en favor de una sociedad o persona, generada normalmente por ventas o servicios no cobrados.[35]

Algunos autores consideran que el crédito tributario podría considerarse *privilegia personae*. A juicio de Aguilar, no es un derecho reconocido por la calidad personal del titular, sino por la naturaleza del crédito y del interés colectivo tutelado.[36] El crédito tributario asume el reconocimiento de un derecho por parte del Estado, ya que este es susceptible de ser descontado del impuesto líquido causado en forma de deducción y puede ser restado del ingreso bruto del contribuyente para la renta o de la base imponible del impuesto.[37] Con base en lo expuesto, el crédito tributario es una forma de cuenta por cobrar en favor de la sociedad y, aunque no necesariamente implica un derecho de crédito contra el Estado, podría ser entendido de esta manera. Tomando en cuenta esta similitud, tanto el crédito tributario como la cuenta por cobrar son rubros que forman parte del activo de cada entidad.

3.5. Consecuencias tributarias de la fusión

El Código Tributario no realiza mención alguna con relación a las consecuencias fiscales de la fusión, sin embargo, existen normas que de forma aislada tratan vagamente el tema, permitiéndonos llegar a conclusiones sobre la temática planteada. Dicho cuerpo legal declara como responsable tributario a las sociedades que sustituyan a otras, las mismas que deben hacerse cargo del activo y pasivo, en todo o en parte, en los casos de fusión, transformación, escisión o cualquier otra forma.[38]

La Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno no menciona nada sobre el tratamiento de la fusión en lo relativo al impuesto a la renta, pero se conoce que la sociedad creada o la absorbente será responsable, a título universal, de todas las obligaciones tributarias existentes al momento de realizada la reorganización empresarial. Existen tres tratamientos tributarios preferenciales determinados en la ley a favor de la reorganización empresarial.[39] Inicialmente, se permite que los gastos producidos con respecto a la reorganización sean deducibles del impuesto a la renta, aunque no estén relacionados con la generación de ingreso.[40] En segundo lugar, la transmisión del activo y pasivo realizado en torno a los procesos de fusión no se encontrará sujeta al pago de impuesto a la renta y no será gravable ni deducible el mayor o menor precio que refleje el valor de las acciones o participaciones de los socios.[41] Finalmente, al no ser consideradas operaciones sujetas a impuesto, en todos los casos, no causará IVA.[42]

En lo que respecta al traslado de atributos fiscales, consideramos que lo trasladado en una reorganización es el acumulado de derechos y obligaciones. De la misma forma, entendemos que el crédito tributario de impuesto a la renta forma parte de la masa de activos de la empresa, puesto que es un derecho de

32 *Ibíd*.
33 Horngren, Charles T., T. Harrison, Walter and Oliver, M. Suzanne. *Accounting*. 8va ed. Upper Saddle River, New Jersey: Prentice Hall, 2009, p. 10.
34 *Id*., p. 65.
35 Greco, Orlando y Godoy, Amanda Alicia. "*Crédito*". Diccionario Contable y Comercial. 2da ed. Buenos Aires: Valleta Ediciones, 1999, p. 243.
36 Aguilar Rubio, Mariana. *Crédito tributario y concurso de acreedores*. Madrid: La Ley, Grupo Wolters Kluwer, 2009, p. 43.
37 Greco, Orlando, Godoy, Amanda Alicia. Diccionario Contable y Comercial. *Óp. cit.,* p. 247.
38 Código Tributario. Artículo 28, numeral 3. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
39 *Ibíd.*
40 *Ibíd.*
41 *Ibíd.*
42 Ley de Régimen Tributario Interno. Artículo 54, numeral 4. Registro Oficial No. 463 de 17 de noviembre de 2004.

la sociedad que puede ser cobrado en el futuro y reducido del impuesto por pagar.

Estamos de acuerdo con Córdova al aducir que es importante tomar en cuenta la premisa de que las reorganizaciones implican la continuidad jurídica de las sociedades en cabeza de las entidades absorbentes y que, si existe neutralidad fiscal sobre estos, debe concluirse que la transmisión de atributos fiscales es una consecuencia lógica del sistema.[43] La transmisión a título universal fundamenta el traslado de atributos fiscales de las sociedades o de los fondos de comercio absorbidos, suponiendo el derecho de las sociedades adquirientes a deducir las pérdidas tributarias de las transferentes.[44]

En el mismo sentido, al ser el crédito tributario un activo de la sociedad y si se toma en cuenta el criterio de que la fusión implica el traslado a título universal de activos y pasivos, el traslado de pérdidas entre empresas resulta indiscutible. Queda claro que la amortización de pérdidas es un derecho con el que cuentan todas las sociedades según la ley ecuatoriana. De esta forma, la pérdida debe ser trasladada como parte del universo de activos que acarrea la fusión, para lograr que las compañías puedan acogerse a este beneficio fiscal en el plazo establecido por la ley.

4. El motivo económico válido

A pesar de que se ha demostrado que la amortización y el traslado de pérdidas son un derecho con el que gozan todas las sociedades en Ecuador, este puede verse amenazado por la aplicación de ciertos principios ajenos a la legislación ecuatoriana, entre estos destacamos el motivo económico válido. Esta institución jurídica ha sido reconocida en diferentes regímenes con distinto matiz. Resalta, a propósito de este concepto, que pocos han sido los cuerpos normativos que coinciden en la forma de entenderlo. A pesar de que el sistema tributario ecuatoriano no contempla esta figura tributaria, en la práctica, podría ser implementado, aunque en la mayor parte de los casos se desconozca el tratamiento del mismo. En adelante, nos enfocaremos en determinar si la fusión debe tener un motivo económico válido para que el acarreo de atributos fiscales sea posible.

4.1. La neutralidad fiscal

El motivo económico válido tiene como antecedente la neutralidad fiscal. Es un principio económico propuesto que considera que los contribuyentes no deben empañar sus decisiones con elementos ajenos a su voluntad, específicamente en lo relacionado a tributos. La institución refiere que el impuesto no debe direccionar la acción económica de los agentes, sino que estos deben motivarse con asuntos ajenos al régimen fiscal.

La noción fundamental de neutralidad fiscal fue desarrollada por el filósofo y padre de la economía clásica Adam Smith, quien pensaba que los impuestos no deben alterar el normal comportamiento de los agentes dentro de la economía.[45] Aproximadamente 100 años después, John Stuart Mill amplía el principio y concluye que la neutralidad fiscal tiene como punto fundamental que los tributos no deben incidir en la forma de actuar de los agentes, si estas modificaciones provocan distorsiones en la competencia.[46]

La neutralidad impositiva propone, resumidamente, que la noción tributaria no debe incidir en la toma de decisiones empresariales.[47] Freytes, asentándose en el

43 Sánchez Olivan, José. *La fusión y la escisión de sociedades: aportación de activos y canje de valores. Cesión global del activo y pasivo: estudio económico, jurídico, fiscal y contable.* 3ra. ed. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2004, p. 47. Citado en Córdova Arce, Alex. "El régimen fiscal de las fusiones y adquisiciones de empresas". *Óp. cit.*, p. 297.

44 *Id.*, p. 298.

45 Smith, Adam. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 726. Citado en Cahn-Speyer Wells, Paul. "Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales". *XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, p. 11.

46 *Ibíd.*

47 *Ibíd.*

principio, concluye que la fiscalidad no debe ser un freno o estímulo para la toma de decisiones.[48] Este principio ha ido perdiendo fuerza con el tiempo en el campo del derecho tributario. En el presente, pensar que en el medio corporativo se deben tomar decisiones con independencia absoluta de las consecuencias tributarias es incongruente con el sistema.

La imprecisión sobre el criterio de neutralidad fiscal se evidencia en algunos puntos. Esta discrepancia emerge en casos como en los que se asegura que se debe tratar de forma económicamente equivalente a las rentas generadas por operaciones cuyos efectos sean análogos. Esto nos traslada a la equivocada conclusión de que la compraventa, la fusión o la escisión, cuando el propósito de su realización implique una transferencia patrimonial, debería gravarse en idéntica forma si el resultado obtenido es el mismo.[49] En esencia, la neutralidad tributaria debería enfocarse en que el Estado no introduzca tributos que distorsionen el mercado favoreciendo a unos en perjuicio de otros.[50] Autores como García Novoa aseguran que los motivos internos para la toma de decisiones en ningún caso deberían tener relevancia jurídica, ya que se hallan en el interior de la esfera de las intenciones de los particulares.[51]

Consideramos que no existe neutralidad fiscal por parte de los agentes económicos cuando toman decisiones con el objetivo de reducir su carga impositiva, de la misma forma en que no existe neutralidad fiscal cuando el Estado utiliza impuestos para reducir o inducir al consumo de un producto. Por este motivo, concluimos que en el sistema ecuatoriano, al existir tanto la posibilidad de que el contribuyente planifique el pago de sus impuestos, como la posibilidad de que el Estado emplee tributos como el ICE para disuadir el consumo de ciertos productos, no existe neutralidad fiscal.

4.2. El motivo económico válido

Si existe un argumento innegable sobre el motivo económico válido es que no existe uniformidad de criterio para definirlo. Este concepto se origina en el derecho comunitario europeo y ha causado enormes controversias en la doctrina, no únicamente sobre cuál es el significado del mismo, sino principalmente sobre cuál es el alcance que podría tener.

La norma comunitaria, de manera *imprecisa,* dispone que "el hecho de que una reorganización no se efectúe por motivos económicos válidos, como la reestructuración o racionalización de actividades de las sociedades que participan en la operación (…)".[52] La norma está ejemplificando motivos económicos válidos, pero no define su esencia. Se entiende, por la estructura de la oración, que la racionalización de actividades y la restructuración son únicamente ejemplos de motivos económicos válidos y no los únicos.

Stella Reventós Calvo expresa que una restructuración responde a un motivo económico válido siempre que obedezca a un móvil empresarial y que tome en cuenta la funcionalidad de la empresa.[53] Esta definición nuevamente nos sitúa en la misma línea y nuevamente se desconoce el sentido y alcance del concepto. La sentencia *Leur Bloem* expresa que es suficiente con

48 *Id.*, p. 16.

49 Minuche Zambrano, Efrén. "El Principio de "Realidad Económica" en el Derecho Tributario". *Revista Judicial Diario La Hora.* http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1071/elprincipio.pdf?sequence=1&isAllowed=y. 3 de enero de 2015. p. 364. El autor resalta el comentario realizado por la Comisión Redactora del Modelo de Código Tributario para América Latina del artículo 8 del Modelo de Código Tributario para América Latina, equivalente al artículo 17 del Código ecuatoriano, conformada por Carlos María Giuliani, Rubens Gómes de Souza, y Ramón Valdés Costa. El Código Tributario ecuatoriano fue aprobado el 23 de diciembre de 1975 acogiendo parcialmente lo propuesto por el modelo de código tributario.

50 *Id.*, p. 13. Este principio admite excepciones debidamente motivadas por el interés general, o excepcionalmente por necesidades coyunturales, las cuales se fundamentan en principios constitucionales, principalmente en el de equidad. El libro cita a Glaize, Antoine. *La neutralidad y equidad tributaria en el comercio electrónico*. Boletín AFIP del 1/9/2000, No. 38, p. 1391.

51 *Id.*, p. 24.

52 *Id.*, p. 17.

53 *Id.*, p. 25.

la existencia de un motivo económicamente válido para que la búsqueda de ventajas sea aceptable.[54] El mismo Tribunal de Justicia (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea), para el caso *Cadbury Schweppes,* cambia abismalmente su posición y manifiesta que los motivos económicos son válidos, *a menos que se trate de un montaje puramente artificial* [55], para así demostrar las inconsistencias que pueden nacer al definir un concepto jurídico indeterminado tan amplio. Segarra concluye que la evaluación del motivo económico válido, por ser un concepto jurídico indeterminado, es peligrosamente subjetivo y permite al juzgador decidir con arbitrariedad.[56] A nuestro entender, lo que resalta en las tesis que definen el concepto es la consideración de la causa. El motivo económico válido reduce a segundo plano la autonomía de la voluntad y pone a la causa como el sustento que admite la validez de la operación.

4.3. Ausencia de motivo económico válido

A pesar de que la doctrina y la jurisprudencia han dado importantes pasos por limitar al motivo económico válido, en Latinoamérica y Europa todavía se considera a la ausencia del mismo esencialmente ilegal. Rodríguez informa que la administración tributaria española ha llegado al extremo de defender que la sola demostración de que se busque una ventaja fiscal excluye la aplicación del régimen de diferimiento preferente, incluso en aquellos casos en donde se evidencie beneficio en el mercado.[57]

Según se observa en la mayor parte de legislaciones estudiadas, hay una tendencia por concebir a la fusión como un instrumento peligroso que, de no ser sancionado, puede convertirse en una herramienta perjudicial del Estado. Esta consideración ha hecho que los cuerpos legales supongan a "la ausencia de motivo económico válido" como simulación, fraude, evasión, elusión o abuso de Derecho, desconociendo la naturaleza jurídica de cada una.

4.3.1. Simulación

Consiste en el acuerdo de dos o más personas para fingir una convención, con el entendido de que esta no habrá de producir, en todo o en parte, los efectos aparentados; en disfrazar, mediante una declaración pública, una convención realmente celebrada, con otro negocio diferente o en camuflar a una de las partes verdaderas con la interposición de un tercero.[58] Deben concurrir simultáneamente los siguientes requisitos:

i. Divergencia entre la voluntad y la manifestación pública: los agentes crean una ficción premeditadamente desprovista de toda eficacia entre ellos.[59]

ii. Concierto simulatorio: aunque exista discrepancia entre la declaración pública de y la voluntad real, no se estructura simulación si dichos agentes no celebran un acuerdo privado.[60] No se puede configurar simulación en actos unipersonales, donde, por definición, hay un agente único, por ende, una voluntad y declaración únicas.[61]

iii. Engaño a terceros: simular es aparentar lo que no es, carece de sentido calificar de simulada una actuación que nada oculta a alguien.[62] Debe producir consecuencias jurídicas para que sea relevante, puesto que puede haber simulaciones legales.

Descartamos la existencia de simulación en el caso de fusión donde su móvil único sea trasladar pérdida, puesto que la consecuencia jurídica de la fusión es justamente la buscada, consolidar balances. Adicionalmente, en el ejemplo de fusión planteado,

54 Corte Europea de Justicia. *No. C-28-1995*, 1 de julio de 1997, p. 21
55 Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. *No. C-196-2004*, 12 de Septiembre de 2006, p. 22
56 *Id.*, p. 20.
57 *Id.*, p. 24.
58 Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico.* Santa Fe de Bogota: Editorial Temis, 2002, p. 112.
59 *Id.*, p. 114.
60 *Ibíd.*
61 *Ibíd.*
62 *Id.*, p. 115.

no existe concierto simulatorio. Finalmente, la fusión no tiene como resultado un engaño a terceros, puesto que no existe un negocio jurídico aparente y otro simulado, sino un negocio jurídico único con consecuencias jurídicas específicas.

4.3.2. Evasión fiscal

Villegas considera que evasión es toda eliminación o disminución de un monto tributario producido en un país por quienes están jurídicamente obligados a abonarlo, este resultado normalmente es alcanzado mediante conductas *fraudulentas u omisivas violatorias de disposiciones legales*.[63] Blumenstein agrega que la evasión comprende tanto la sustracción simple como la sustracción calificada o defraudación y excluye el concepto de elusión.[64] Para Oldman, la evasión incluye no solo los fraudes y engaños de distintos tipos, sino otras faltas y acatamiento de ley debido a la ignorancia (el contribuyente desconoce la ley), interpretación (el contribuyente conoce la ley, pero calcula mal los datos) y desidia (el contribuyente no cuida sus archivos como debería).[65]

Concluimos que no se puede configurar evasión en el caso de fusión, puesto que, como dice Villegas, solo puede producirse por incumplimiento de aquellos actos que están jurídicamente obligados a pagar el tributo al fisco.66 La fusión en ningún caso puede ser vista como figura fraudulenta, peor aún omisiva.

4.3.3. Defraudación fiscal

Giuliani menciona que existe una relación de subordinación entre evasión y defraudación fiscal.[67] El autor considera que defraudación es todo acto u omisión que violando disposiciones legales, en el ámbito de un país o en la esfera internacional, produce la eliminación o disminución de la carga fiscal.[68] En su inicio, el derecho intermedio europeo manifestaba que la defraudación era una forma de simulación, esto implicaba una representación de fraude, por ende, era considerada ilícita.[69]

Villegas manifiesta que la defraudación fiscal tiene la intencionalidad dirigida de dañar los derechos fiscales del Estado.[70] Para el autor, esto puede ser alcanzado mediante impostura (maniobras o actos engañosos), frustración maliciosa de sus derechos fiscales (insolvencia fraudulenta) o por la ilegal apropiación del dinero que se retuvo o percibió en su nombre (retención indebida de los agentes de retención y percepción).[71]

El Código Tributario integra como defraudación al acto de simulación, ocultación, falsedad o engaño que induzca a error en la determinación de la obligación tributaria o por lo que se deja de pagar el tributo debido, en provecho propio o de un tercero, así como las conductas que dificultan las labores de control, determinación y sanción.[72] A su vez, en Ecuador, la defraudación fiscal es un delito tipificado en el Código Orgánico Integral Penal, donde el contribuyente es sancionado por omitir ingresos incluyendo costos, gastos, deducciones, exoneraciones, rebajas o retenciones falsas o inexistentes o superiores a las que procedan legalmente para evitar el pago de tributos debidos.[73]

La fusión cabe como defraudación, ya que no viola disposiciones legales. Dentro de nuestros supuestos se encuentra que ha sido realizada en fiel cumplimiento

63 Villegas, Héctor. *Curso de finanzas y derecho financiero y tributario*. *Óp. cit.,* p. 324.

64 Giuliani Fonrouge, Carlos. *Derecho Financiero*. 6ta ed. Volumen II. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997, p. 728.

65 Navarrine, Camila. *Derecho Tributario. Doctrinas Esenciales*. Tomo III. Buenos Aires: Revista Jurídica Argentina. La Ley, 2010, p. 953. El libro cita explicaciones del profesor de Harvard, Oliver Oldman, en *Como prevenir la evasión fiscal de impuesto a la renta*. Conferencia sobre la Administración de Impuestos, Buenos Aires, 1961, Documento No. 2, pp. 2-3.

66 Villegas, Héctor. *Curso de finanzas y derecho financiero y tributario*. *Óp. cit.,* p. 325.

67 *Ibíd*.

68 *Id*., p. 729.

69 *Ibíd*.

70 *Id*., p. 338.

71 *Ibíd*.

72 Código Tributario. Artículo 342. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

73 Código Orgánico Integral Penal. Artículo 298, numeral 15. Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014.

de las disposiciones estipuladas en la ley, sin pérdida artificial para ser trasladada. La normativa ecuatoriana erróneamente incluye dentro del concepto de defraudación fiscal a la evasión y simulación, desconociendo la naturaleza y características de cada una.

4.3.4. Elusión tributaria

Blumenstein define elusión como el uso de estructuras jurídicas autorizadas con el propósito de aliviar la carga tributaria.[74] Dicho autor considera que la aplicación del impuesto que prescinde de las formas adoptadas por los contribuyentes, solo procede cuando estas formas son arrogadas con un propósito de evasión fiscal.[75] No concordamos con Giorgetti quien entiende a la evasión como una manifestación de elusión de las obligaciones contributivas que consisten en la total o parcial evasión del impuesto.[76]

Navarrine menciona que la elusión consiste en la aplicación de ardides *legales* con el objeto de evitar o eludir la carga tributaria, sin llevar ínsito el carácter ilegal.[77] Villegas reconoce que uno de los problemas más dificultosos es la elusión por abuso de las formas jurídicas, ya que existe una tendencia a considerar el hecho de que los ciudadanos recurran a estructuras jurídicas diferentes a las normalmente usadas como antijurídicas.[78]

Concluimos que en este caso la fusión se emplea con la finalidad de reducir la carga tributaria. No se usa como *ardid* o *treta,* sino que se ejerce el derecho a utilizar instituciones jurídicas como operación dinámica de su planificación tributaria. Evidentemente, no se verifica el hecho imponible, por lo mismo, consideramos que existe elusión, pero no concordamos que esta deba ser sancionada mediante el empleo de la realidad económica.

4.3.5. Abuso de derecho

El abuso de derecho intenta insertar el ejercicio del derecho subjetivo, considerando que existe un marco en el que conviven múltiples sujetos y donde domina una concepción moral bien definida.[79] Rodríguez menciona que esta generosa intensión va acompañada de una pobre construcción dogmática por estar impregnada de conceptos extrajurídicos, llegando al extremo de transformar el abuso de derecho en un principio equiparable al de buena fe, protección de incapaces, entre otros.[80] Robespierre defiende el principio cuando menciona que el derecho de cada individuo termina donde empieza el de otro.[81] Josserand sostiene que el absolutismo ha recibido en Francia un refuerzo poderoso gracias a la Declaración de los Derechos del Hombre, enmarcado en un exagerado individualismo que considera al hombre como un fin que se basa en sí mismo.[82]

Coincidimos con Rodríguez, quien afirma que abusar del derecho envuelve una contradicción, ya que el abuso, como se propone, solo puede proyectarse en una zona donde el derecho no existe.[83] A su vez, quien ejerce un derecho para perjudicar a otro, dentro del límite del interés tutelado por la norma y con el objetivo de satisfacer ese interés, actúa legítimamente. Ocurre porque el ejercicio del derecho subjetivo no requiere de una determinada intención, sino de la concreción objetiva del interés protegido por la norma positiva.[84] Carece de toda importancia ejercer el derecho de buena o mala fe, puesto que la legitimidad del ejercicio no depende de la intención.

74 Giuliani Fonrouge, Carlos. *Derecho Financiero*. *Óp. cit.,* p. 728.
75 *Id*., p. 400.
76 Giorgetti, Armando. *La evasión tributaria*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1967, p. 3.
77 Navarrine, Camila. *Derecho Tributario. Doctrinas Esenciales*. *Óp. cit*., p. 954.
78 *Ibíd*.
79 Rodríguez, Pablo. *El abuso de Derecho y el Abuso Circunstancial*. 1era ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 134.
80 *Ibíd*.
81 *Id*., p. 135.
82 *Ibíd*.
83 *Id*., p. 138.
84 *Ibíd*.

En el Título Preliminar del Código Civil se considera que existe abuso de derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, evidenciándose así una desviación de manera deliberada y voluntaria según los fines del ordenamiento jurídico.[85] A nuestro entender, hablar de abuso de derecho en la fusión resulta desacertado, puesto que el acto jurídico realizado satisface la necesidad de quien realiza la fusión. Adicionalmente, la fusión no se ejecuta con la intención de perjudicar a la administración tributaria, sino exclusivamente para aminorar la carga impositiva.

4.3.6. Economía de opción

Importante doctrina ha expresado que las partes no tienen obligación alguna de elegir el camino más gravoso para sus intereses. La jurisprudencia de distintos países ha consagrado el derecho de los contribuyentes a la elección de las formas jurídicas más beneficiosas para su conveniencia.[86] Villegas considera que la indiscutible libertad de las partes para elegir la investidura jurídica que le proporcione mayor ventaja fiscal, no lleva a la conclusión de que la adopción de formas diferentes a las normalmente usadas pueda constituir una conducta antijurídica.[87] Agrega que en el derecho privado no está prohibido que las partes elijan, dentro de ciertos límites, a qué quieren someter sus obligaciones, siendo que en algunas ocasiones se eligen diferentes operaciones jurídicas para alcanzar fines económicos sustancialmente idénticos.[88]

La Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso *Gregory v. Helvering,* resalta que se puede arreglar asuntos de tal modo que su impuesto sea lo más reducido posible; los ciudadanos no están obligados a elegir la fórmula más rentable para la tesorería ni aún existe el deber patriótico de incrementar sus propios impuestos, lo que aclararía que emplear la medida menos gravosa no constituye violación de la ley.[89] Por estos motivos concluimos que la fusión, cuyo fin único es la reducción de la carga fiscal, encaja perfectamente en el concepto de economía de opción. Resulta absurdo suponer que las sociedades no deben realizar una planificación tributaria para ejercer su derecho de aplicar la forma jurídica que reduzca la carga fiscal, sino que usarán aquellas que les resulten más gravosas.

4.4. Conclusiones del motivo económico válido

Carece de sustento jurídico asumir que la fusión requiere de motivo económico válido. Al estudiar la institución resalta el desconocimiento de lo que exactamente significa y la dimensión de su alcance. Si se toma en cuenta esta premisa, resulta fácil argumentar que las sociedades que reduzcan la carga fiscal en el proceso de reorganización empresarial tienen un propósito corporativo "válido", a pesar de que bajo la legislación ecuatoriana no requieran del mismo.

En la actualidad, sostener, como lo hacía Adam Smith, que el móvil de las decisiones debe olvidar la consecuencia fiscal resulta mentiroso. La carga tributaria no solo es un elemento importante a considerar, sino que puede ser primordial en la planificación empresarial. Según nuestro entender, como fue mencionado previamente, la neutralidad fiscal debe únicamente enfocarse en no distorsionar el sistema económico.

Quienes sostienen que la búsqueda de un beneficio fiscal en la fusión constituye simulación, evasión, defraudación o abuso de derecho, erran en su

85 Código Civil. Artículo innumerado posterior al artículo 36. Agregado por el Art. 7 de la Ley s/n. Registro Oficial No. 797-2S de 26 de septiembre de 2012.
86 Villegas, Héctor. *Curso de finanzas y derecho financiero y tributario. Óp. cit.,* pp. 338-329.
87 *Id*., p. 329.
88 *Id*., p. 164.
89 Corte Suprema de Estados Unidos. *Gregory v. Helvering 293 U.S. 465. Justia Law.* Sentencia de 7 de enero de 1935.

concepción, puesto que ninguna de estas figuras jurídicas se acopla perfectamente a ese escenario. A continuación, procederemos a analizar si es posible llegar a la conclusión de que la fusión requiere de motivo económico válido con base en el uso de la realidad económica.

4.5. La realidad económica

Este concepto nace en el seno de la escuela alemana, como solución a las distorsiones creadas por la divergencia entre las formas jurídicas escogidas y mostradas y la realidad de la transacción.[90] Se reconoce, de modo mayoritario, en la doctrina, que las primeras posturas sobre la realidad económica aparecen en los comentaristas de la Ordenanza Tributaria Alemana de 1919, especialmente con el autor Enno Becker y, más tarde, con un tratamiento mejor sostenido, en la *Escuela de Pavia* con Griziotti y sus discípulos Vanoni y Jarach.[91] El artículo 4 de la Ordenanza establecía: "en la interpretación de la leyes tributarias debe tenerse en cuenta su finalidad, su significado económico y el desarrollo de las circunstancias"[92], integrándose así tanto la realidad jurídica como el hecho económico.

La realidad económica tiene como fundamento que los actos deben gravar atendiendo la verdadera naturaleza de la transacción porque prevalece sobre la forma escogida.[93] Aparentemente, el régimen comunitario europeo considera que debe existir una causa que estimule la realización de las operaciones, entendiendo que este motivo-causa no debe enfocarse en conseguir una ventaja fiscal. En Ecuador, como en otras legislaciones, la realidad económica forma parte de la norma tributaria y debe atender a la calidad económica sobre la forma jurídica del negocio.[94]

4.5.1. "Interpretación" según la realidad económica

El criterio de "interpretación" surge combinando tres factores: i) el fin u objeto de la ley; ii) la significación económica de ella y; iii) el análisis de los hechos tal y como han sucedido realmente.[95] Villegas manifiesta que solo si se entiende el hecho económico, se conoce la finalidad y se recurre a esa misma realidad que se quiso aprehender en el momento del tributo, se comprende el verdadero sentido y alcance de la ley. [96]

Para Patiño, en estricto sentido, la interpretación económica no constituye un método de interpretación en sí, sino un instrumento jurídico que permite investigar las situaciones reales respecto a un hecho o acto gravado determinante de la imposición.[97] Dice que si la referencia normativa (Código Tributario) señala que se ha de tener en cuenta la situación económica del tributo, no significa que en la interpretación ha de primar el punto de vista económico, sino que a través de este se determina el verdadero sentido jurídico.[98] Jarach considera que la realidad económica sugiere al intérprete tener en cuenta el contenido económico para encuadrarlo en normas materiales, porque la consecuencia lógica no puede ser otra que interpretar los hechos imponibles según su naturaleza económica, pues el fin práctico que mueve a las partes a celebrar una determinada operación económica es la intención empírica —*intentio facti*—, en cambio, la voluntad de someter tales negocios a un régimen jurídico es la intención jurídica —*intentio juris*—.[99]

90 Minuche Zambrano, Efrén. "El Principio de "Realidad Económica". *Óp. cit.,* p. 360.
91 *Ibíd.*
92 *Id.*, p. 361.
93 *Id.*, p. 365.
94 Minuche Zambrano, Efrén. *El Principio de "Realidad Económica". Óp. cit.,* p. 364. El autor cita a los tratadistas Dr. Carlos María Giuliani, Dr. Rubens Gómez de Souza y Dr. Ramón Valdés Costa como comentaristas del artículo 8 del Modelo de Código Tributario para América Latina, que es el equivalente al artículo 17 del Código ecuatoriano. El Código Tributario ecuatoriano fue aprobado el 23 de diciembre de 1975 y acogía parcialmente lo propuesto por el modelo de código tributario.
95 Villegas, Héctor. *Curso de finanzas y derecho financiero y tributario*. *Óp. cit.,* p. 164.
96 *Id.*, p. 165.
97 Patiño, Rodrigo. *Sistema tributario ecuatoriano*. Tomo I. Cuenca: Colegio de Abogados del Azuay, 2013, p. 70.
98 *Ibíd.*
99 *Ibíd.*

El Modelo de Código Tributario para América Latina resalta que la interpretación solo tiene aplicación en los tributos cuyo hecho imponible haya sido definido atendiendo a la realidad económica y no cuando el hecho generador se definió atendiendo a la forma jurídica, ya que el legislador hace expresa renuncia de atenerse al principio.[100] Villegas concluye que el análisis debe realizarse en estricta justicia, es decir, debe aplicarse aunque salga perjudicado el fisco y ese mismo análisis dejará de ser aceptable si se usa exclusivamente contra el contribuyente.[101] La herramienta ayuda a que el fisco no requiera de la compleja acción civil de simulación para lograr la anulabilidad del acto.[102]

La realidad económica aparece plasmada en el artículo 17 del Código Tributario. Menciona que en los casos en los que el hecho generador se delimite por atender a conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan entre los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen.[103]

4.6. Conclusiones sobre el criterio de la realidad económica

El derecho tributario cuenta con características propias que hacen necesaria la existencia de herramientas adecuadas a la naturaleza del mismo. La realidad económica es un instrumento útil para encontrar la sustancia económica en la interpretación jurídica, pero no la convierte en un método de interpretación, Esta integración tiene sentido cuando se diluciden las características fundamentales de la norma, para evidenciar la evasión de responsabilidad tributaria mediante simulación.

La realidad económica no puede combatir la elusión sino, exclusivamente, la simulación. No se debe confundir y asumir que la interpretación de la norma jurídica es primordialmente económica, puesto que la norma tributaria recurre inicialmente a las reglas de interpretación de la Teoría General del Derecho. El análisis económico simplemente permite ultimar la configuración del presupuesto que es necesario para el nacimiento de la obligación tributaria. Esto nos lleva a la idea final de que el criterio de la realidad económica es únicamente útil si nos conduce a una concepción integral de la norma jurídica tributaria, es decir, si se trata de mantener el sentido que el legislador quiso, teniendo como referencia primaria la literalidad de la norma y el espíritu del sistema tributario.

4.7. Conclusiones sobre la relación entre motivo económico válido y el criterio de la realidad económica

Existe un intento forzado por parte de los partícipes del concepto de convencerse a sí mismos y de convencer a los demás de que no deben existir motivaciones fiscales para realizar operaciones empresariales. Este desatinado pensamiento desconoce que, en general, el mundo corporativo está lleno de medidas que toman en cuenta el ámbito tributario en mayor o menor grado. El problema de fondo es que la Administración Tributaria concibe la estrategia corporativa como una violación a los fines económicos y sociales, aduciendo que "se aleja del principio de solidaridad social", lo que se traduce en una supremacía del interés público sobre el privado.[104]

La realidad económica, en su aplicación, está exterminando el principio tributario de economía de opción.[105] Esta confusión puede tener su origen

100 Jarach, Dino. *Finanzas Públicas y el Derecho Tributario*. 3era ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999, p. 395.

101 Villegas, Héctor. *Curso de finanzas y derecho financiero y tributario*. *Óp. cit.,* p. 168.

102 *Id*., p. 331.

103 Código Tributario. Artículo 17. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre 2008.

104 *Ibíd*.

105 Cahn-Speyer Wells, Paul. "Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales". *Óp. cit.,* p. 18.

en una equivocada comprensión de las instituciones jurídicas, sin descartar que el principio ha sido acatado e impuesto para manipular el sistema y dotar de mayor poder a la administración para, de este modo, obtener interpretaciones favorables.[106] En el caso ecuatoriano, el motivo económico válido no nace de la ley, pero podría aparecer de una parcializada aplicación del criterio de la realidad económica, reglado en el artículo 17 del Código Tributario.

5. Traslado de pérdidas de la fusión en América

Como parte de nuestro estudio, analizamos el tratamiento en algunas legislaciones. Lo analizado a continuación, no tiene influencia alguna sobre el tratamiento ecuatoriano, sin embargo, nos permite llegar a conclusiones sobre el uso de instituciones jurídicas. Como veremos, a pesar de que la mayoría de países latinoamericanos no ha reconocido el motivo económico válido, la realidad económica hace que las entidades deban probar un motivo económico "válido" para que la transferencia de pérdidas sea posible, ya que han cercado normas que en la práctica no pueden ser llevadas a cabo.

En América Latina la realidad económica no ha sido desarrollada dogmáticamente por todas las legislaciones, sin embargo, este principio existe y es aplicado con diferentes matices en casi todos los países. Cabe destacar el tratamiento dentro de la doctrina argentina, donde, bajo el trabajo de algunos autores, se han podido esclarecer ciertos parámetros que permiten, aunque con dificultad, el entendimiento del tema. Encontramos con poca sorpresa que la situación en cada país es distinta. El común denominador es que en el ámbito corporativo existe preocupación al momento de elaborar planificaciones tributarias que no puedan sobrevivir a la prueba de sustancia económica o de propósito del negocio, diezmando la proyección tributaria y el crecimiento empresarial.[107]

El miedo y la confusión son los elementos principales en la lucha contra la elusión. Para la Corte colombiana, por ejemplo, sea cual fuere la consideración, la operación considerada abusiva tendrá que asumir el costo de la sanción, es decir, el 160% del impuesto omitido.[108] En el caso chileno todavía no existe acuerdo sobre definiciones para figuras como la elusión fiscal ni se ha logrado desarrollo normativo de las cláusulas generales anti abuso que den referencia al propósito de negocio, lo que da apertura al abuso de motivo económico válido.[109] La legislación venezolana es la única que permite, sin restricción, la transmisión total de derechos y obligaciones de cualquier naturaleza.[110] En Bolivia se permite el traslado de pérdidas con la única limitación de que las empresas sucesoras solo podrán compensarlas en las cuatro gestiones fiscales siguientes.[111]

5.1. Situación en algunos países americanos

5.1.1. Colombia

En Colombia no existe régimen tributario propio de fusiones.[112] Desde la Constitución de 1991 (artículo 228) se ordena a los jueces privilegiar la sustancia sobre la forma y los principios constitucionales frente a la ley.[113] La Corte Constitucional, por su parte, ha

106 *Ibíd.*

107 *Ibid.*

108 Cahn-Speyer Wells, Paul. "La elusión fiscal en Colombia". *XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario,* p. 30. Comunicación técnica de Colombia a la ponencia general "la elusión fiscal y los medios para evitarla", presentada en las *XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, isla Margarita, Venezuela, Memorias, tema I.* Caracas: Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2008, p. 827.

109 Yañez, Felipe. "La elusión fiscal y los medios para evitarla". *XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.* Relatoría nacional de Chile, XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, p. 308.

110 No opera como en la mayoría de los casos, para la escisión también, puesto que esta figura de reorganización empresarial no existe en el sistema peruano.

111 Villegas, Álvaro. "Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales". *XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.* Relatoría Nacional de Bolivia.

112 Piñeros Perdomo, Mauricio. "Fusiones y adquisiciones". *Óp. cit.*, p. 73.

113 Cahn-Speyer Wells, Paul. "Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales". *Óp. cit.,* p. 30.

sentenciado en dos ocasiones (C-15 de 1993 y C-540 de 1996) que los funcionarios de la administración y los jueces pueden decretar el abuso de las formas jurídicas o el fraude a la ley en casos particulares, empleando los principios constitucionales de sustancia sobre la forma y el principio de equidad.[114]

Para los casos de fusión, únicamente los artículos 14, 147 y 148.2 del Estatuto Tributario han tratado la temática. El artículo 147 del Estatuto Tributario dispone que la sociedad absorbente o resultante puede compensar las rentas líquidas ordinarias que obtuviere y las pérdidas fiscales producidas por las sociedades fusionadas hasta un límite equivalente al porcentaje de la participación de los patrimonios de las sociedades fusionadas dentro del patrimonio de la sociedad absorbente o resultante.[115] En lo referente a la deducibilidad de la pérdida, se menciona que la compensación de dicho atributo fiscal en los procesos de fusión y escisión solo procede si la actividad económica de las sociedades intervinientes en la reorganización continúa siendo la misma.[116] Esta posición resulta por demás ilógica, ya que tanto la fusión como la escisión pueden tener modalidades de integración vertical y servir de incentivo a emprender actividades que en el pasado no se realizaban, sin que por este motivo se deba retirar el beneficio de compensación.

En algunas ocasiones, grupos políticos han solicitado la inconstitucionalidad del artículo 147 del Estatuto Tributario, sin embargo, la Corte Constitucional la ha negado considerando que este precepto resulta ajustado a la Constitución, puesto que en otras circunstancias se alentaría al uso de figuras para evadir responsabilidades tributarias, lo que es contrario al principio de neutralidad.[117]

114 *Ibíd*. El autor cita a Cahn – Speyer Wells, Paul. "La elusión…". *Óp. cit.,* pp. 827-828.
115 Estatuto Tributario. Art. 147.
116 Piñeros Perdomo, Mauricio. "Fusiones y adquisiciones". *Óp. cit.,* p. 154.
117 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. C-540 de 2005, de 24 de mayo de 2005. Citado en Acero Salazar, Martín. "Los nuevos elementos introducidos a las fusiones en Colombia mediante la Ley 1258 de 2008 y su tratamiento tributario". *XXV Jornadas Latino-americanas de Derecho Tributario.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, p. 462.

5.1.2. Perú

La estructura legal peruana tiene una lógica contraria a la de otros países de la región. Hasta 1998 la ley permitía, sin limitación, la transmisión de pérdidas tributarias de las sociedades transferentes. Posteriormente, se condicionó la transferencia de pérdidas al cumplimiento de ciertos requisitos como: la continuación de la actividad económica de la empresa transferente por un período mínimo de 2 años, la preexistencia operativa de las sociedades intervinientes durante los 24 meses anteriores a la reorganización y, por último, la conservación de los activos fijos de las sociedades transferentes durante un plazo mínimo de un año posterior a la reorganización.[118] En la actualidad, se prohibe en su totalidad la transmisión de pérdidas a partir del año 2001.[119] Incluso, se limita el derecho de la sociedad adquiriente de utilizar sus propias pérdidas tributarias contra la renta que se genere con posterioridad a la reorganización en un monto equivalente al 100% del valor de su activo fijo previo a la fusión, sin tomar en cuenta la reevaluación voluntaria que pudiera haberse realizado.[120]

En el plano internacional, el artículo 394 de la Ley General de Sociedades sostiene como requisito para la reorganización societaria el traslado de domicilio de una sociedad extranjera hacia Perú.[121] Dicha ley únicamente reconoce las fusiones que se llevan a cabo en territorio peruano.[122] La excepción es que la fusión se dé entre sucursales no domiciliadas y esté precedida de la fusión de sus casas matrices u oficinas principales.[123]

118 *Id*, p. 304.
119 *Ibíd*.
120 *Ibíd*.
121 Ley General de Sociedades (Perú). Artículo 394. 1 de enero de 1998.
122 Córdova Arce, Alex. "El régimen fiscal de las fusiones y adquisiciones de empresas". *Óp. cit.,* p. 317.
123 *Ibíd*.

5.1.3. México

Dentro de la normativa tributaria mexicana, la fusión es considerada enajenación de bienes, no obstante, permite modificar el concepto y no asumir enajenación mediante el cumplimiento de ciertos requisitos.[124] Inicialmente, se obliga a la sociedad fusionante a realizar la misma actividad que ejecutaba por un período mínimo de un año inmediato posterior.[125] Además, manifiesta que la sociedad subsistente o la que surja debe presentar declaración de impuestos del ejercicio y también las informativas que, conforme las disposiciones fiscales, le correspondan a la sociedad según el ejercicio en el que terminó la fusión.[126]

En lo que respecta al traslado de atributos fiscales, la norma mexicana considera que el derecho a disminuir las pérdidas fiscales es personal del contribuyente y no podrá ser transmitido ni a consecuencia de una fusión.[127] La Corte de Justicia de la Nación ha emitido un criterio jurisprudencial sosteniendo que la prohibición de disminuir las pérdidas transmitidas por fusión no viola el principio de proporcionalidad tributaria. Argumenta que "la sociedad fusionante está en posibilidad de considerar los ingresos acumulables y las deducciones autorizadas del ejercicio de que se trate y, en el caso de que resulte utilidad fiscal, podrá disminuir las pérdidas fiscales pendientes de amortizar de ejercicios anteriores que hubiese sufrido a fin de obtener la tasa gravable".[128]

La normativa no permite a la empresa fusionada transmitir su derecho a la disminución de las pérdidas fiscales, pero la empresa fusionante podrá disminuir su pérdida fiscal pendiente, con cargo a la explotación de los mismos giros[129] en los que se produjo la pérdida.[130] Este grupo de leyes, en su mayoría contradictorias, con el paso del tiempo, han desincentivado la fusión de empresas.

5.1.4. Brasil

Fue en los años noventa cuando en Brasil se inauguraron formas societarias de reestructuración poco comunes, se las denominó operaciones de *business combination.*[131] Esto ocurrió mediante la adaptación de conceptos norteamericanos. La legislación brasileña ha tratado, de forma autónoma, el ámbito tributario sobre las formas de reorganización empresarial, dándole prevalencia al principio —*substance over form*—.[132] El artículo 7 de la Ley No. 9.532/97 establece que la deducción de efectos fiscales únicamente aplica a adquisiciones y operaciones de fusión por incorporación y no a adquisiciones de empresas no residentes en el país, en virtud de las dificultades surgidas en el pasado.[133] Parecería que la fusión por absorción es mejor opción que la fusión por constitución porque evita la ausencia del traslado de pérdidas.[134] Sin embargo, el Reglamento de Impuesto Sobre la Renta, en su artículo 514, manifiesta que la persona jurídica sucesora de una fusión no podrá compensar las pérdidas de la sucedida.[135]

---

124 *Id.*, p. 265.
125 Este requisito no es exigible cuando:
1. Los ingresos de la actividad preponderante de la fusionada corresponden al ejercicio inmediato anterior a la fusión y se deriven del arrendamiento de bienes que se utilicen en la misma actividad que la fusionante;
2. Si en el ejercicio inmediato anterior a la fusión, la fusionada ha percibido más del 50% de sus ingresos de la fusionante o esta última haya percibido más del 50% de sus ingresos de la fusionada, no será exigible el requisito mencionado cuando la sociedad que subsista se liquide antes de un año posterior a la fecha en que surte efectos la fusión.
126 *Ibíd*.
127 Cahn-Speyer Wells, Paul. "Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales". *Óp. cit.,* p. 70.
128 *Ibíd*., El autor cita a la Corte de Justicia de la Nación. Materia Constitucional, Administrativa. Novena Época. Instancia: Pleno Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta XVIII, agosto de 2003, tesis: P./J. 48/2003, p. 44.
129 El autor menciona que la palabra giro es definida por la Real Academia de la Lengua Española como "el conjunto de operaciones o negocios de una empresa".
130 *Id.*, p. 268.
131 Taveira Torres, Heleno. "Reorganização societária internacional á luz dos novos modelos de business combination e suas repercussões tributarias". *XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, p. 381.
132 Lobo Torres, Ricardo. *Form and Substance in Tax Law. International Fiscal Association. Cahiers de Droit Fiscal International*. Volume LXXXVIIa, The Hague: Kluwer. 2002, p. 184. Citado en Taveira Torres, Heleno. "Reorganização societária internacional á luz dos novos modelos de business combination e suas repercussões tributarias"... *Óp. cit.,* p. 381.
133 *Id.*, p. 382.
134 Cahn-Speyer Wells, Paul. "Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales". *Óp. cit.,* p. 70.
135 Taveira Torres, Heleno. "Reorganização societária internacional á luz

La legislación permite la recalificación de hechos por parte de las autoridades administrativas a aquellos negocios que *aparentemente* no sean lo que revelan, fundamentados tanto en el principio de capacidad contributiva como en el principio de responsabilidad social. La recalificación puede ser ejecutada cuando exista comprobada ocurrencia de dolo, simulación, disimulación[136] o fraude.[137] Para los casos de simulación y disimulación, le corresponde a la administración tributaria probar la ocurrencia de un hecho jurídico que alega ser ocultado (simulación) y compete al contribuyente demostrar que nada ha sido disimulado.[138]

5.1.5. Argentina

En el 48ª Congreso de la IFA, celebrado en Toronto en 1994, se destacó, de manera general, por parte de los Estados, la necesidad de un propósito comercial o empresarial para el proceso de reorganización. Se aclara que estos criterios se relacionan con el aumento de productividad, con la eficacia y con el beneficio de las empresas y que se evidenciarán en el aumento de ventas o reducción de costos.[139] La Ley 18.527 de 1969 constituye el régimen fiscal sobre reorganizaciones y tiene como objetivo fundamental que las empresas logren una dimensión apropiada de la producción en escala o que aprovechen las ventajas de la especialización.[140] A pesar de esto, el sistema argentino le da a la fusión el carácter de operación gravada y, de este modo, muestra que solamente se puede configurar neutralidad fiscal para los casos en los que se evidencie mejora en la productividad inmediata o futura.[141] Este requisito no tiene fundamento lógico, puesto que el éxito empresarial posterior a la fusión de ninguna forma delimita si la operación debe beneficiarse del traslado de atributos fiscales.

Como condición adicional para la configuración de neutralidad impositiva se impone la continuación de operaciones por al menos dos años posteriores.[142] La doctrina mayoritaria agrega que únicamente es necesario que se efectúe una de las actividades y no todas las que cumplían las empresas por separado. Además, las empresas deben haber ejecutado actividades iguales o vinculadas por al menos doce meses anteriores a la fusión, entendiéndose por actividad vinculada la que coadyuve o complemente el proceso industrial efectuado.[143]

En el sistema argentino ocurre algo único. Según la ley, la fusión por absorción es la única modalidad que puede beneficiarse del traslado de pérdidas, siendo únicamente la compañía absorbente la que puede acogerse al beneficio fiscal. A manera de ejemplo, si A absorbe a B, A se beneficia de la pérdida si esta misma tenía pérdida, pero si B hubiese fusionado a A y B no tenía pérdida, no existiría beneficio fiscal trasladable.[144] La doctrina ha criticado ampliamente lo mencionado.

Finalmente, debe cumplirse con un requisito adicional específico: los titulares de las empresas antecesoras deben acreditar haber mantenido durante un lapso no inferior a dos años anteriores a la fecha de la reorganización, por lo menos el 80% de su participación en el capital de esas empresas, excepto cuando se coticen acciones en el mercado bursátil.[145]

dos novos modelos de business combination e suas repercussões tributarias"... *Óp. cit.,* p. 383. El autor cita el Decreto ley 2.341/87 y reglamento de impuesto sobre la renta artículo 514.

136 La diferencia en el sistema brasileño entre simulación y disimulación es que el primer término tiene un negocio jurídico diverso al que en realidad están buscando y en el segundo se dan dos negocios jurídicos, uno buscado y aparentado.

Paulo Ayres Barreto. "Fusões, aquisições e o planejamento tributário". *XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, p. 443.

137 *Id.*, p. 438.

138 *Id.*, p. 443.

139 Freytes, Roberto. "Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales". *XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.* Relatoría nacional de Argentina. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, p. 113.

140 *Id.*, p. 115.

141 *Id.*, p. 116.

142 *Id.*, p. 117. Se cita a la Ley de Impuesto a las Ganancias (Argentina). Artículo 77. 29/12/1973.

143 *Ibíd.* Se cita el Reglamento a la Ley de Impuesto sobre las Ganancias (Argentina). Artículo 10, apartado II.

144 *Id.*, p. 122. Se cita el Dictamen 14/2001 de la Dirección de Asuntos Técnicos.

145 *Id.*, p. 127. Ley de Impuesto a las Ganancias (Argentina). Artículo 78, incisos 1-5. 29/12/1973.

5.2. Situación en el marco de la Unión Europea

Sobre la directiva 90/434, la sentencia de 17/7/1997 del caso *Leur-Bloem* pone de relieve la necesidad de un motivo económico válido distinto al puramente fiscal para la aplicación del régimen especial en la fusión.[146] El fallo del caso *Kofed* de 5/7/2007 establece que el beneficio de la Directiva 90/434, consistente en el traslado de atributos fiscales, no debe ser aplicado cuando el motivo de la operación es exclusivamente perseguir una ventaja fiscal.[147] Los casos *Halifax, Bupa Hospitals* y *University of Huddersfield* exponen que la directiva no debe emplearse en casos de prácticas abusivas, ya que estas pueden ser comprobadas con la obtención de una ventaja fiscal al realizar la operación de reorganización que no demuestra ningún beneficio empresarial o económico.[148]

En lo que respecta a reorganizaciones empresariales, la neutralidad fiscal y el criterio de la realidad económica son unificadas en la Directiva 434 de 23/7/1990 emitida por el Consejo de Comunidades Europeas.[149] La Directiva unifica en un régimen tributario los procesos de fusión, escisión, aportaciones de activos e intercambio de acciones bajo los siguientes principios fundamentales:

i. Las reorganizaciones empresariales no deben obstaculizarse por restricciones o distorsiones derivadas de las disposiciones fiscales de Estados miembros y deben establecer normas fiscales de carácter neutro; los considerandos mencionan la necesidad de eliminar la penalización de las operaciones de reestructuración empresarial;

ii. Existe un régimen tributario especial, pero no se aplica si la operación no se fundamenta en un motivo económicamente válido (artículo 11), ya que esto constituye una presunción que tiene como objetivo el fraude o la evasión fiscal.[150]

5.2.1. España

La normativa tributaria española vigente se basa principalmente en dos principios básicos: la neutralidad fiscal y la ausencia de intervención administrativa y formalidades especiales.[151] Aunque al tenor de la ley parecería que se configura la existencia de un motivo económico válido como requisito para la aplicación del régimen especial, se trata de una responsabilidad a cargo de la administración tributaria para rechazar la aplicación del régimen cuando considere que no existe motivo económico válido.[152] La importancia de lo antedicho resulta en que la carga de la prueba recae sobre la administración.

El informe de la Comisión *Company Taxation in the Internal Market* de octubre de 2001, ha señalado la necesidad de eliminar las barreras fiscales dentro de las operaciones económicas transfronterizas que se lleven a cabo en la Unión Europea.[153] La legislación muestra que en el universo de motivos económicos válidos debe existir algún tipo de reestructuración o racionalización de actividades y debe decretarse para las operaciones que no cumplan con este requisito el fraude o la evasión fiscal.[154]

Reiteradas veces, la administración tributaria ha mencionado que buscar la eficiencia fiscal para la compañías no es un argumento para no aplicar un régimen especial. Incluso, argumenta que si la operación de reestructuración empresarial únicamente logró ventajas fiscales, puede existir un régimen especial siempre y cuando, junto a ese motivo, exista

146 Cahn-Speyer Wells, Paul. "Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales". *Óp. cit.,* p. 27. Se cita al caso C-28/95. 17/7/1997.
147 *Id.*, p. 26. Se cita al caso (C-321/05), de 5 de julio de 2007.
148 *Id.*, p. 27. Se cita a los casos (C-225/02); (C-419/02); (C-233/03).
149 Acero Salazar, Martín. "Los nuevos elementos introducidos a las fusiones en Colombia mediante la Ley 1258 de 2008 y su tratamiento tributario" ... *Óp. cit.,* p. 459.

150 *Ibíd*.
151 Botella García-Lastra, Carmen. "Fusiones y adquisiciones". *XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, p. 214.
152 *Id.*, p. 220.
153 *Id.*, p. 227.
154 *Id.,* p. 218. Se cita a la Directiva 2005/19/CEE.

evidencia de mejoras económicas y estructurales que muestren mayor eficiencia en las operaciones.[155] La legislación sigue completamente otros patrones. El artículo 15 de la Ley General Tributaria manifiesta que existe conflicto cuando se evita total o parcialmente la realización del hecho imponible o se aminora la base tributaria mediante actos que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos para la consecución del resultado obtenido y que de su utilización no resulten efectos que se hubieran obtenido con los actos usuales o propios.[156]

5.2.2. Italia

En la legislación italiana no se menciona la existencia de una cláusula general anti fraude. A pesar de lo mencionado, el artículo 37 del Decreto 600/1973 del Presidente de la República permite a la administración dejar sin efecto actos independientes y conectados y también transacciones que busquen obtener ahorro fiscal o devolución indebida.[157]

El artículo 172 pone de manifiesto que es indispensable que la operación se encuentre encaminada a evitar obligaciones o deberes previstos en el ordenamiento y que carezca de un motivo económico válido —*valide ragioni economiche*—.[158] Para fines de impuesto sobre la renta –*imposte sul reddito*– configura a las operaciones de reestructuración empresarial como ejercicios que no generan componentes positivos o negativos de utilidad, entendiéndola como una operación neutral.[159] La neutralidad fiscal existe siempre y cuando se configuren operaciones que demuestren, por un lado irrelevancia fiscal absoluta de la fusión y, por otro, la completa continuidad del valor fiscal en el traspaso de los elementos patrimoniales de las sociedades objeto de la operación.[160] Para adentrarse en el ámbito aplicativo de negación de beneficios fiscales, debe existir un claro tratamiento elusivo, es decir, multiplicidad de actos encaminados a producir un resultado de elusión fiscal.[161]

5.2.3. Portugal

El artículo 67 del *Código de Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas* determina que no se aplica el beneficio de traslado de atributos fiscales entre sociedades en el régimen de fusiones, cuando las operaciones tienen como principal objetivo o como uno de sus principales objetivos la evasión fiscal —*evasão fiscal*—.[162]

Se debe obtener autorización previa para emprender una fusión. Este permiso se halla subordinado a la demostración de que la operación se realiza por razones económicas válidas y no solo para beneficiarse del incentivo tributario sin perseguir una lógica mercantil o empresarial.[163] En el caso de aceptación, el beneficio tributario queda atado a la demostración de motivo económico válido que requiere de la continuidad del ejercicio en la actividad económica que desempeñaba, ya que el giro de donde fue obtenido el perjuicio debe ser idéntico (de forma substancial) a la actividad emprendida.[164]

5.3. Progreso jurisprudencial

A pesar de que en la actualidad todavía no existe una aceptación completa por parte de los Estados sobre la ausencia de necesidad de motivo económico válido para lograr el traslado de pérdidas en la fusión,

155 *Ibíd*.
156 *Id*., p. 578. Se cita a la Ley General Tributaria (España). Artículo 15.1.
157 Corasaniti, Giuseppe. "Aspetti Tributari dei Conferimenti in Societa". *XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, p. 239. Se cita a Pistone, Pasquale. *El abuso de los convenios internacionales en material fiscal*. Cedam. Padova, 1995, p. 66.
158 Pita Grandal, Ana María y Aneiros Pereira, Jaime. *La cláusula anti abuso en las fusiones desde la perspectiva comunitaria y española. XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, p. 595.
159 Cimino, Filippo Alessandro. "Profili elusive della scissione non proporzionale". *XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, p. 620.
160 *Id*., p. 621.
161 *Id*., p. 622.
162 Sampaio, Rui. "Contribuciones para el estudio de la estrategia y del régimen…" *Óp. cit*., p. 335. Se cita el Código de imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas. Artículo 67.
163 *Id*., p. 636.
164 *Ibíd*.

se ha promovido un camino jurisprudencial donde el concepto ha ido perdiendo la fuerza inicial. El desarrollo de la jurisprudencia muestra la tendencia de los sistemas por eliminar el concepto o, al menos, por desarrollarlo en cada legislación para que pierda discrecionalidad.

5.3.1. Caso *"Helvering v. Gregory"*

Resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Trata sobre la Sra. Gregory, dueña de una sociedad unipersonal (A). Entre los activos de la sociedad unipersonal de la Sra. Gregory existían acciones de otra sociedad (B). La Sra. Gregory tuvo entonces la intención de adquirir acciones de la sociedad B. Una vez ejecutada la compraventa, procedería a venderlas. A pesar de ser esta la intención inicial, conocía que le generaría renta gravable a título personal. Para evitar el pago de impuesto a la renta, decide crear una entidad (C) a raíz de una escisión, consumando en esta las acciones de la sociedad. Continuamente, opera la disolución de la entidad escindida (C) y a la Sra. Gregory recibe las acciones de dicha sociedad.[165]

El concepto *valid economic reason* tiene como antecedente el principio *business purpose* que, a su vez, tiene su origen en este caso.[166] Bajo estos conceptos se debe utilizar *el business purpose test,* para comprender si la operación ha sido realizada con miras a una actuación elusiva.[167] En el proceso, el Tribunal optó por indagar un *motivo* (hecho para eludir un impuesto), considerando que la acción humana que contenga planificación tributaria debe necesariamente tener un origen legítimo.[168] El fundamento puede ser entendido si se pone de relieve la idea principal que sostiene que la operación en el fondo no existía, entonces, en ningún momento acaeció una finalidad de negocios societaria real.[169]

165 Corte Suprema de Estados Unidos. *Gregory v. Helvering 293 U.S. 465.* Justia Law. Sentencia de 7 de enero de 1935.
166 Corte Suprema de Estados Unidos. *Gregory v. Helvering 293 U.S. 465.* Justia Law. Sentencia de 7 de enero de 1935.
167 *Id.*, p. 57.
168 *Ibíd.*
169 *Ibíd.*

5.3.2. Caso *"Leur-Bloem"*

Resuelto por el Tribunal de Luxemburgo. Trata sobre los hechos llevados a cabo por la Sra. Leur-Bloem, única socia y administradora de las compañías (A) y (B). La actora pretendía adquirir participaciones representativas del capital de (C), una sociedad de responsabilidad limitada sin actividad. Inicialmente, la adquisición iba a ser realizada mediante canje de acciones. Dentro de esta operación, (C) sería intermediario entre la Sra. Leur-Bloem y las demás entidades, de tal forma que constaría como la única titular de las participaciones en la compañía (C), mientras que esta entidad sería la única dueña de las participaciones en la compañía (A) y (B).[170]

En este proceso se resalta que la finalidad de la reestructuración es que las sociedades compensen pérdidas. El Tribunal de Luxemburgo decide que todos se pueden acoger al régimen especial, incluso cuando el motivo haya sido puramente fiscal, pero los Estados pueden denegar la aplicación de la directiva 90/434/CEE cuando la operación demuestre el fraude o la evasión fiscal.[171]

El caso expone desde nuestra perspectiva un avance, ya que acepta la existencia de finalidades fiscales no fraudulentas, incluso que los particulares puedan acreditar sus pérdidas al emprender una reorganización a pesar de la "debilidad" de los fines industriales. El entendimiento de la Corte concibe que el hecho de estar imposibilitado para demostrar un fin diferente al puramente fiscal, no significa necesariamente que se encubra una forma de fraude o una evasión fiscal.[172]

170 Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. *Sentencia No. C-28/95*, 17 de julio de 1997.
171 Rodríguez Losada, Soraya. "La doctrina sobre el motivo económico válido en las reestructuraciones societarias". *Memorias de Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario XXV* (2010), p. 579.
172 *Id.*, p. 580.

5.3.3. Caso *"Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas"*

La sociedad Cadbury Shweppes (CS) es la matriz del grupo CS, establecida en Reino Unido y en países terceros. CS decide constituir una filial, Cadbury Schweppes Treasury Services (CSTI), ubicada en Irlanda, para solventar dificultades fiscales de los contribuyentes poseedores de acciones preferentes de CS; evitar la autorización de Reino Unido para efectuar operaciones de préstamos en el extranjero y para reducir las retenciones fiscales sobre los dividendos pagados.[173]

Los *Commissioners of Inland Revenue* piden a CS el pago del impuesto sobre sociedades obtenido por CSTI, por lo que CS interpone un recurso ante los *Special Commissioners of Income Tax, London.*[174] Con arreglo de la legislación fiscal de Reino Unido, Gran Bretaña e Irlanda del Norte, toda sociedad residente en dicho Estado está sujeta al impuesto sobre sociedades en relación a los beneficios obtenidos en el mundo, incluso, los logrados por sucursales o agencias.[175] La sociedad residente, en principio, no tributa por el beneficio de sus filiales, sino por los dividendos distribuidos a una sociedad residente o a una filial instituida en el extranjero. La legislación de Sociedades Extranjeras Controladas elucida excepciones a la regla general. Declara que las sociedades residentes no tributan por los beneficios de una filial, no obstante, esto no aplica cuando se cumpla el *criterio de los motivos.*[176] Este criterio implica principalmente dos cosas:

i. Si las operaciones de las Sociedades Extranjeras Controladas conducen a reducciones del impuesto en Reino Unido que sobrepasen un monto, la sociedad residente debe mostrar que el objetivo principal de las operaciones no era la reducción en el impuesto y;

ii. La sociedad residente debe indicar que uno de los motivos principales de creación de la Sociedad Extranjera Controlada no era obtener una reducción en el impuesto del Reino Unido mediante el desvío de beneficios.[177]

Las conclusiones del Tribunal de Justicia son interesantemente alejadas de los criterios comunes de la época. Declara que si la sociedad se ha constituido en un Estado miembro con *la única finalidad de beneficiarse de una legislación más favorable,* no es criterio para concluir que existe un uso abusivo de dicha actividad.[178] La Corte manifiesta que si una sociedad matriz establece una sucursal en un territorio de menor imposición, de ninguna forma justifica la invocación de la presunción general de fraude fiscal ni debe servir de justificación para negar el derecho a tomar decisiones empresariales.[179] Agrega que si la justificación para la constitución de una sociedad fue inspirada en la desgravación de impuestos, no se permite concluir que la operación es un montaje artificial (con empresas fantasma o pantalla).[180]

5.3.4. Caso *"Kofoed"*

El Sr. Kofoed y su socio tienen residencia fiscal en Dinamarca. Cada uno participa del 50% de la sociedad (A). Su objetivo es obtener dividendos evitando el pago del 45% previsto en la norma danesa. Por este motivo, en 1993, deciden adquirir por el valor de una libra irlandesa, cada uno, participaciones de la sociedad (B). Tres días después cambian sus participaciones en la sociedad danesa (A) por participaciones en la sociedad irlandesa (B) y cada uno queda como dueño del 50% de la sociedad ahora poseedora de la totalidad del capital social de la entidad danesa. La operación resultaba fiscalmente neutra, según la Directiva 90/434/CEE.

173 Tribunal de Justicia, Gran Sala (Reino Unido). *Asunto C-196/04*, de 12 de Septiembre de 2006, p. - I 8031.
174 *Id.*, p. I - 8035.
175 *Id.*, p. I - 8037.
176 *Id.*, p. I - 8046.
177 *Id.*, p. I - 8047.
178 *Id.*, p. I - 8051.
179 *Ibíd.*
180 *Ibíd.*

El Tribunal resuelve que no es posible luchar contra el fraude de ley mediante interpretaciones extensivas.[181] A juicio de Manuel Lucas Durán, lo más destacable de esta decisión es la aplicabilidad de la doctrina del fraude de la ley *(abus de droit o fraus legis)* a la operación, donde es indiscutible que para sancionar la actividad elusiva deben existir normas que contengan normas antielusión, puesto que de no existir normativa comunitaria ni nacional, sería absurdo que esta decisión sea considerada evasión o elusión fiscal, amparados únicamente en el abuso de derecho.[182]

Las conclusiones de los últimos casos manifiestan que la única forma de combatir la elusión fiscal es mediante la creación de normas específicas o antielusión. La interpretación extensiva no puede ser utilizada como instrumento por parte de las administraciones para llegar a conclusiones alejadas a la legalidad. Resaltamos de las sentencias Cadbury Shweppes y, muy especialmente, de Kofoed, que instrumentos ajenos a normativas antielusión, como la realidad económica, no sirven para combatir la elusión y pueden llegar a convertirse en formas arbitrarias de interpretación donde se alcancen conclusiones alejadas de la ley en perjuicio del contribuyente.

5.4. La Ausencia de Certeza

Adam Smith recoge en la segunda parte de su libro *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones* cuatro reglas impositivas que deben ser invocadas irrefutablemente: economía, certeza, comodidad y justicia.[183] Centra su atención en la segunda, donde el impuesto a pagar debe ser cierto y no arbitrario.[184] Concluye que la certeza de lo que los individuos deben y el porqué es el más alto deber del sistema tributario y añade que un grado de desigualdad no es tan peligroso como un pequeñísimo grado de incertidumbre.[185] Casi dos siglos después, Shoup, uno de los tratadistas más reconocidos de nuestro tiempo, manifiesta que la no realización de modificaciones o interpretaciones caprichosas es el máximo objetivo del fisco.[186]

Más allá de concepciones que cada Estado tenga sobre el tema, es fundamental la existencia de un sistema legal donde se proteja al contribuyente, al menos con el conocimiento y las motivaciones de lo que debe pagar. En Latinoamérica, el motivo económico válido y la realidad económica no han sido instrumentos que busquen esclarecer el tema, sino herramientas que han permitido a la administración tributaria actuar de forma abusiva en favor del Estado. Explicar si una fusión tiene motivo económico válido puede resultar excesivamente sencillo o absolutamente imposible.

La concepción de la obligación tributaria como se la entendió en el siglo XX que, a su vez, marca el nacimiento del derecho tributario, conlleva el principio de igualdad (jurídica)[187] entre Estado y el contribuyente en sus diversas relaciones económicas y jurídicas.[188]

6. Conclusiones

El análisis de diferentes instituciones me permite contar con los argumentos suficientes para concluir que en Ecuador es posible el traslado de atributos fiscales, específicamente de pérdidas y no requiere de la

181 Lucas Durán, Manuel. *Régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones. Concepto de «compensación en dinero» en una operación de canje de acciones. Abuso de Derecho y fraude a la ley tributaria.* http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/fiscalidad_internacional/comentarios/2007_05Jul_Lucas.pdf. p. 6

182 *Id*., p. 8.

183 Ferreiro, José Juan *et al.* (comps.). *Curso de Derecho tributario. Parte Especial ... Óp. cit.,* p. 15.

184 *Ibíd*.

185 *Ibíd*.

186 *Ibíd*.

187 Valdez Costa, Ramón. "Principio de igualdad de las partes de la relación jurídica tributaria". *Revista española de Derecho Financiero, No 73* (1992), pp. 8-10.

188 López Díaz, Antonio. *Discrecionalidad administrativa y autocomposición de intereses en materia tributaria*. Memorias de las Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario. ILADT, Quito: 2004, p. 419.

comprobación de un motivo económico válido. Bajo este preámbulo, no concordamos con la posición de la amplia mayoría de la doctrina que dispone para el traslado de pérdidas un propósito empresarial válido, a pesar de que la mayor parte de Estados no cuentan con una norma que la sustente. En el supuesto de que sea indispensable cumplir con este criterio, idea que no compartimos, puede sostenerse, sin mayor dificultad, que fundamentar una fusión en la reducción de carga fiscal es un propósito económico válido, puesto que la planificación tributaria es esencial en la actividad desarrollada y colabora con la generación de valor.

Entendemos que el principio de neutralidad fiscal ha sido aceptado por todas las legislaciones analizadas, sin embargo, no concordamos con el criterio, puesto que no solo el contribuyente emplea tributos para dirigir su comportamiento, sino que el Estado, de esta forma, incentiva comportamientos. La idea principal promovida en el desarrollo del trabajo es la concepción de seguridad jurídica y como la certeza sobre la ley y la confianza sobre la autoridad convocada a practicarla resulta, en nuestra opinión, la característica más relevante en todo el Derecho Tributario. A nuestro entender, suponer que en las operaciones de reorganización, la entidad absorbente debe asumir todas las obligaciones y no sus derechos, desnaturaliza por completo el derecho comercial y se desincentiva el crecimiento empresarial.

La realidad económica es, sin duda, uno de los instrumentos tributarios más importantes y útiles con los que cuentan las administraciones tributarias en su lucha contra la simulación. La comprensión de la esencia económica sobre la forma jurídica es primordial para detectar simulaciones sin necesidad de recurrir a la nulidad del negocio jurídico. A pesar de esto, en ningún caso se debe olvidar que la operación tributaria es predominantemente jurídica y únicamente tiene una consideración económica. En el caso de que se atienda exclusivamente al hecho económico, el fundamento de esta institución pierde su sentido y se transforma en un arma del Estado para realizar interpretaciones *pro fiscum*. Los Estados, si lo consideran necesario, deben luchar contra la evasión y la elución fiscal, pero no mediante el uso abusivo de instituciones jurídicas. Finalmente, insistimos en manifestar que el traslado de pérdidas es un derecho acogido de forma plena en el sistema tributario ecuatoriano y cabe en todas las ocasiones sin necesidad de demostración de motivo económico válido.

Agradecimiento:

El autor agradece la colaboración de Xavier Andrade Cadena quien, con su experticia en el tema, colaboró en la revisión del presente artículo.

6. Bibliografía

Acero Salazar, Martín. "Los nuevos elementos introducidos a las fusiones en Colombia mediante la Ley 1258 de 2008 y su tratamiento tributario". *XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.

Barboza, Sergio. "Reorganización corporativa en las empresas del sistema financiero: las fusiones". Ius et veritas IX/19 (1999).

Botella García-Lastra, Carmen. "Fusiones y adquisiciones". *XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.

Cahn-Speyer Wells, Paul. "Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales". *XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.

Cahn-Speyer Wells, Paul. "La elusión fiscal en Colombia". *XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.* Comunicación técnica de Colombia a la ponencia general "la elusión fiscal y los medios para

evitarla", presentada en las *XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario,* isla Margarita, Venezuela, Memorias, tema I. Caracas: Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2008.

Cimino, Filippo Alessandro. "Profili elusive della scissione non proporzionale". *XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.

Código Civil. Registro Oficial No. 797-2S de 26 de septiembre de 2012.

Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014.

Código Tributario. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre 2008.

Corasaniti, Giuseppe. "Aspetti Tributari dei Conferimenti in Societa". *XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.

Córdova Arce, Alex. "El régimen fiscal de las fusiones y adquisiciones de empresas". *XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.

Corral Moreno, Manuel. Estudio Práctico del ISR para personas morales. Octava ed. México: ISEF, 2005.

Corte Suprema de Estados Unidos. Gregory v. Helvering 293 U.S. 465. Justia Law. Sentencia de 7 de enero de 1935

Dávila, Marcelo. *La naturaleza jurídica de al especie valorada.* Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2009.

Ferreiro, José Juan, *et al.* (comps.). *Curso de Derecho tributario. Parte Especial. Sistema Tributario: Los tributos en particular.* 12ava ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1996.

Freytes, Roberto. "Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales". *XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.* Relatoría nacional de Argentina. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.

Giorgetti Armando. *La evasión tributaria.* Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1967.

Giuliani Fonrouge, Carlos. *Derecho Financiero.* Volumen II. 6ta ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997.

Greco, Orlando. *Diccionario Contable.* Cuarta ed. Buenos Aires: Valletta Eds., 2007.

Horngren, Charles T., Harrison, Walter T. y Suzanne, Oliver. *Accounting.* 8va ed. Upper Saddle River, New Jersey: Prentice Hall, 2009.

Jarach, Dino. F*inanzas Públicas y el Derecho Tributario.* 3era ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999.

Ley 29 de 1991. Adoptada por la legislación española a la directiva 90/434/CEE.

Ley de Compañías. Registro Oficial No. 449 de 20 de Octubre de 2008.
Ley de Régimen Tributario Interno. Registro Oficial No. 463 de 17 de noviembre de 2004.

Ley General de Sociedades (Perú). Artículo 394. 1 de enero de 1998.

Lobo Torres, Ricardo. *Form and Substance in Tax Law. International Fiscal Association. Cahiers de Droit Fiscal International.* Volume LXXXVIIa, The Hague: Kluwer. 2002.

López Díaz, Antonio. *Discrecionalidad administrativa y autocomposición de intereses en materia tributaria.* Memorias de las Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario. ILADT, Quito: 2004.

Lucas Durán, Manuel. *Régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones. Concepto de «compensación en dinero» en una operación de canje de acciones. Abuso de Derecho y fraude a la ley tributaria.* http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/fiscalidad_internacional/comentarios/2007_05Jul_Lucas.pdf.

Minuche Zambrano, Efrén. "El Principio de "Reali-

dad Económica" en El Derecho Tributario". *Revista Judicial Diario La Hora.* http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1071/elprincipio.pdf?sequence=1&isAllowed=y. 3 de enero de 2015.

Navarrine, Camila. *Derecho Tributario.* Doctrinas Esenciales. Tomo III. Buenos Aires: Revista Jurídica Argentina. La Ley, 2010.

Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico.* Santa Fe de Bogota: Editorial Temis, 2002.

Paulo Ayres Barreto. "Fusões, aquisições e o planejamento tributário". *XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.

Patiño, Rodrigo. *Sistema tributario ecuatoriano.* Tomo I. Cuenca: Colegio de Abogados de Azuay 2013.

Piñeros Perdomo, Mauricio. "Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales." *XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.

Pita Grandal, Ana María y Aneiros Pereira, Jaime. *La cláusula anti abuso en las fusiones desde la perspectiva comunitaria y española. XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.

Rodríguez Losada, Soraya. "La doctrina sobre el motivo económico válido en las reestructuraciones societarias". *Memorias de Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario XXV* (2010).

Rodríguez, Pablo. *El abuso de Derecho y el Abuso Circunstancial.* 1era ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999.

Rodríguez, Soraya. "La doctrina sobre el motivo económico válido en las restructuraciones societarias". *XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.

Sampaio, Rui. "Contribuciones para el estudio de la estrategia y del régimen de las fusiones y adquisiciones en la Unión Europea". *XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.

Tribunal de Justicia, Gran Sala (Reino Unido). *Asunto C-196/04,* de 12 de Septiembre de 2006, p. - I 8031.

Taveira Torres, Heleno. "Reorganização societária internacional á luz dos novos modelos de business combination e suas repercussões tributarias". *XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.

Troya Jaramillo, José Vicente. *Derecho Internacional Tributario.* Serie de Estudios Jurídicos. Vol. 4. Quito: Corporación Editora Nacional, 1990.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. *Sentencia No. C-28/95,* 17 de julio de 1997.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. *No. C-196/04,* 12 de Septiembre de 2006.

Valdez Costa, Ramón. "Principio de igualdad de las partes de la relación jurídica tributaria" . *Revista española de Derecho Financiero No 73* (1992).

Villegas, Álvaro. "Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales". *XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.* Relatoría Nacional de Bolivia.

Villegas, Héctor. *Curso de finanzas y derecho financiero y tributario.* 3era ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, Tomo I, 1984.

Yañez, Felipe. "La elusión fiscal y los medios para evitarla". *XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.* Relatoría nacional de Chile, XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.